Sygn. akt: KIO 2449/23

WYROK
z dnia 30 sierpnia 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 30 sierpnia 2023 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 sierpnia 2023 r. przez: **wykonawcę J. P. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą FORNICA J. P. z siedzibą w Gdańsku, ul. Gen. Józefa Sowińskiego 12/3** w postępowaniu prowadzonym przez **zamawiającego Skarb Państwa - Sąd Okręgowy w Częstochowie, ul. Dąbrowskiego 23/35**
przy udziale **wykonawcy A. K. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą A. K. Starpol Meble z siedzibą w Puławach, ul. Skowieszyńska 24** zgłaszającego swoje przystąpienie w sprawie sygn. akt KIO 2449/23 po stronie zamawiającego

orzeka:

1. **Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wezwania wykonawcy J. P. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą FORNICA J. P. z siedzibą w Gdańsku z dnia 11 sierpnia 2023 r. w pozostałym zakresie oddala odwołanie,**
2. kosztami postępowania obciąża **zamawiającego Skarb Państwa - Sąd Okręgowy w Częstochowie, ul. Dąbrowskiego 23/35** i:
   - **2.1.** zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **wykonawcę J. P. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą FORNICA J. P. z siedzibą w Gdańsku, ul. Gen. Józefa Sowińskiego 12/3** tytułem wpisu od odwołania,
   - 2.2. zasądza od **zamawiającego Skarb Państwa - Sąd Okręgowy w Częstochowie, ul. Dąbrowskiego 23/35** na rzecz **J. P. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą FORNICA J. P. z siedzibą w Gdańsku** kwotę 9 300 zł. 00 gr (słownie: dziewięć tysięcy trzysta złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpis i zastępstwa prawnego.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t. j. z 2023 r., poz. 1605 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Warszawie.**

Przewodniczący:……

Sygn. akt KIO 2449/23

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na Dostawę i montaż mebli biurowych do pomieszczeń nowego budynku Sądu Rejonowego w Częstochowie zostało wszczęte ogłoszeniem opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia za numerem 2023/S 129-413140.
W dniu 11 sierpnia 2023 r. zamawiający doręczył wykonawcy J. P. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą FORNICA J. P. z siedzibą w Gdańsku, ul. Gen. Józefa Sowińskiego 12/3 wezwanie do złożenia dowodów na podjęcie działań naprawczych wraz ze stwierdzeniem, że podlega on wykluczeniu z postępowania.
W dniu 18 sierpnia 2023 r. wykonawca J. P. wniósł odwołanie. Odwołanie zostało wniesione przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 18 sierpnia 2023 r. udzielonego przez właściciela firmy. Do odwołania dołączono dowód jego przekazania zamawiającemu.
Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:
I.art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy oraz art. 111 pkt 5 ustawy w zw. z art. 110 ust. 2 i 3 ustawy - przez stwierdzenie, że w związku z sytuacją zaistniałą w prowadzonym w przeszłości postępowaniu o udzielenie zamówienia (znak IR-260-01.2023) odwołujący podlega wykluczeniu z niniejszego postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy z powodu przedstawienia informacji wprowadzających w błąd oraz przez skierowanie do odwołującego wezwania do udowodnienia podjęcia działań naprawczych, mimo że odwołujący w niniejszym postępowaniu nie przestawił informacji wprowadzających w błąd, odwołujący nie został wykluczony z postępowania o znak IR-260-01.2023 na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy, nie znajduje się w okresie wykluczenia z art. 111 pkt 5 ustawy oraz że w postępowaniu znak IR-260-01.2023 przedstawił niewłaściwy dokument omyłkowo a nie w sposób zamierzony;

II. art. 239 ust. 1 ustawy - przez zaniechanie wyboru oferty odwołującego jako oferty najkorzystniejszej w postępowaniu.
Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:
1.unieważnienia czynności wezwania odwołującego do udowodnienia podjęcia działań naprawczych związanych z sytuacją zaistniałą w postępowaniu o udzielenie zamówienia pn. „DOSTAWY - Dostawa i montaż mebli biurowych do pomieszczeń nowego budynku Sądu Rejonowego w Częstochowie" znak IR-260-01.2023
oraz
2.unieważnienia czynności oceny, że odwołujący podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy;
3.przeprowadzenia ponownego badania i oceny ofert.
Ponadto o zasądzenie na rzecz odwołującego kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa według spisu, który przedłożony zostanie na rozprawie (faktura).
Odwołujący wskazał, że posiada interes w skorzystaniu ze środków ochrony prawnej z uwagi na to, że zamawiający z naruszeniem przepisów ustawy skierował do odwołującego w dniu 11 sierpnia 2023 r. wezwanie do złożenia dowodów na podjęcie działań naprawczych związanych z sytuacją zaistniałą w postępowaniu znak IR-260-01.2023 na: „DOSTAWY - Dostawa i montaż mebli biurowych do pomieszczeń nowego budynku Sądu Rejonowego w Częstochowie" oraz w ww. wezwaniu stwierdził, że uznaje że odwołujący podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy.
Zamawiający nieprawidłowo uznał, że odwołujący podlega wykluczeniu z niniejszego postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy, mimo że w tym postępowaniu nie przedstawił jakichkolwiek informacji w wprowadzających w błąd a w poprzednio prowadzonym postępowaniu znak IR-260-01.2023 nie został wykluczony na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy oraz przedstawił niewłaściwy dokument omyłkowo a nie w sposób zamierzony.
Zatem zamawiający w tym postępowaniu niezasadnie uznał, że wobec odwołującego zachodzi przesłanka wykluczenia z postępowania z art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy, że znajduje się on w okresie wykluczenia z art. 111 pkt 5 ustawy a w konsekwencji niezasadnie skierował do niego wezwanie do złożenia dowodów na podjęcie działań naprawczych.
Gdyby zamawiający właściwie zbadał ofertę odwołującego oraz prawidłowo zastosował przepisy ustawy - nie uznałby, że wobec odwołującego zachodzi przesłanka wykluczenia z postępowania określona w art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy oraz nie wezwałby odwołującego do wykazania podjęcia działań naprawczych.
W wyniku stwierdzenia, że odwołujący podlega wykluczeniu z postępowaniu oraz że powinien wykazać podjęcie środków naprawczych - odwołujący może ponieść szkodę w związku z wykluczeniem go z aktualnego postępowania o udzielenie przedmiotowego zamówienia oraz innych postępowań o udzielenie zamówienia, gdzie przewidziano podstawę wykluczenia z postępowania z art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy. Nie uzyska on wówczas niniejszego zamówienia (mimo że złożona przez niego oferta jest najkorzystniejsza w kryteriach oceny ofert), nie będzie mógł osiągnąć zysku z tego tytułu, ani potwierdzeń należytego wykonania zamówienia.
Odwołujący może ponieść również ponieść szkodę w związku z przyszłymi postępowaniami o udzielenie zamówienia publicznego, w których mógłby złożyć ofertę. Wykluczenie to będzie bowiem stanowić podstawę do wykluczenia odwołującego z przyszłych postępowań o udzielenie zamówienia publicznego, co może istotnie wpłynąć na jego sytuację ekonomiczną.
Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „DOSTAWY - Dostawa i montaż mebli biurowych do pomieszczeń nowego budynku Sądu Rejonowego w Częstochowie", znak IR-260-05.2023 (dalej również jako „aktualne postępowanie" lub „obecnie prowadzone postępowanie").
Poprzednio - w miesiącach marzec-czerwiec 2023 r. - zamawiający prowadził postępowanie na ten sam przedmiot zamówienia, zakończone unieważnieniem postępowania - pod nazwą: „DOSTAWY - Dostawa i montaż mebli biurowych do pomieszczeń nowego budynku Sądu Rejonowego w Częstochowie", znak IR-260-01.2023 (dalej również jako „postępowanie nr IR- 260-01.2023" lub „poprzednio prowadzone postępowanie").
W dniu 22 czerwca 2023 r. oferta odwołującego została odrzucona z postępowania znak IR-260- 01.2023 na podstawie:
1)art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy — z uwagi na jej niezgodność z warunkami zamówienia,
2)art. 226 ust. 1 pkt 2 litera b ustawy - z uwagi na niespełnienie warunków udziału w postępowaniu.
Uzasadniając odrzucenie oferty odwołującego w postępowaniu nr IR-260-01.2023. w zakresie niespełnienia warunków udziału w postępowaniu - zamawiający wskazał:
„Wykonawca nie spełnia warunku udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji finansowej lub ekonomicznej. Na skutek pozyskania nowych informacji Komisja Przetargowa powzięła wątpliwość co do autentyczności dokumentów przedłożonych przez Wykonawcę FORNICA J. P.. Wykonawca nie wyjaśnił powziętych wątpliwością jedynie potwierdził, że jedyną polisą jaką posiada jest ta, która nie potwierdza spełniania warunku udziału w postępowaniu na dzień składania ofert. Na skutek nowo zaistniałych okoliczności należy uznać, że oferta nr 4 podlega odrzuceniu ponieważ jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia określonymi w SWZ i Szczegółowym Opisie Przedmiotu Zamówienia w tym

postępowaniu a dodatkowo podlega odrzuceniu z postępowania z uwagi na niespełnienie wszystkich warunków udziału w postępowaniu”
Odwołujący nie został wykluczony z postępowania znak IR-260-01.2023 na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy.
Działanie odwołującego nie zostało przez zamawiającego uznane za wprowadzenie zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu.
W dniu 7 lipca 2023 r. zamawiający wszczął aktualne postępowanie.
W dniu 11 sierpnia 2023 r. zamawiający skierował do odwołującego „wezwanie do złożenia dowodów na podjęcie działań naprawczych związanych z sytuacją zaistniałą w postępowaniu znak IR-260-01.2023.
". Zamawiający uzasadnił wezwanie w następujący sposób: „[...] wzywam do udowodnienia podjęcia działań naprawczych związanych z sytuacją zaistniałą w postępowaniu znak IR-260-01.2023., [...], w którym złożył Pan ofertę. W toku tego postępowania w dniu 19.05.2023 r. przedłożył Pan polisę ubezpieczeniową TUiR WARTA S.A. nr 908578050173 na okres od25.05.2022 r. do 24.05.2023 r. z sumą ubezpieczenia na kwotę 1.000.000 zł, bez dowodu jej opłacenia, który następnie został uzupełniony na wezwanie zamawiającego.
W dniu 29.05.2023 r. potwierdził Pan prawidłowość i aktualność przedłożonych środków dowodowych, zgodnie z art. 127 ust. 2 ustawy, po czym w dniu 30.05.2023 r. Pana oferta została wybrana przez zamawiającego jako najkorzystniejsza.
Na skutek odwołania jednego z wykonawców - SIGMA sp. z o.o. z siedzibą w Opolu, Zamawiający powziął wątpliwość, czy dokumenty oraz oświadczenia przedłożone przez Pana w zakresie posiadanego ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej są prawdziwe.
Odwołujący się wykonawca, przedłożył korespondencję e-mail, z której wynika, że w dniu
1.06.2023 r. zwrócił się z prośbą do ubezpieczyciela TUiR WARTA S.A. o weryfikację przedłożonej przez Pana w postępowaniu polisy ubezpieczeniowej nr 908578050173 na okres od 25.05.2022 r. do 24.05.2023 r. W tym samym dniu ubezpieczyciel poinformował SIGMA sp. z o.o., że polisa ta nie jest zgodna ze stanem faktycznym. Niezgodnością dotyczy okresu ubezpieczenia, ponieważ polisa obejmowała w rzeczywistości okres od dnia 25.06.2021 r. do 24.06.2022 r., składki oraz sumy gwarancyjnej, która wynosiła 100.000 zł.
W dniu 12.06.2023 r. złożył Pan do zamawiającego oświadczenie, w którym ustosunkował się do złożonego odwołania, w którym pominął Pan kwestię ubezpieczenia. Na dodatkowe zapytanie zamawiającego zdawkowo wskazał Pan, że w dokumentacji został omyłkowo załączony niewłaściwy piik, a obowiązująca jest polisa, która nie potwierdzała spełniania warunków udziału w postępowaniu znak IR-260-01.2023.
Zaistniała sytuacja spowodowała, że zamawiający zmuszony był unieważnić czynność wyboru Pana oferty jako najkorzystniejszej.
W ocenie zamawiającego opisane powyżej fakty były związane z Pana zamierzonym działaniem, które wprowadziło zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega Pan wykluczeniu, że spełnia Pan warunki udziału w postępowaniu, co miało istotny wpływ na decyzję zamawiającego, gdyż na podstawie tych informacji zamawiający podjął decyzję o wyborze Pana oferty jako najkorzystniejszej w tym postępowaniu.”
Co istotne - w ramach wezwania z dnia 11.08.2023 r. - zamawiający stwierdził, że odwołujący podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy:
„W świetle powyższego zachodzi przesłanka do wykluczenia Pana z postępowania znakIR-260-05.2023, na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8, przewidzianej w dokumentach zamówienia tego postępowania."
I.Zarzut naruszenia art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy oraz art. 111 pkt 5 ustawy w zw. z art, 110 ust. 2 i 3 ustawy przez stwierdzenie, że w związku z sytuacja zaistniała w prowadzonym w przeszłości postępowaniu o udzielenie zamówienia znak IR-260-01.2023 odwołujący podlega wykluczeniu z niniejszego postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy z powodu przedstawienia informacji wprowadzających w błąd oraz przez skierowanie do odwołującego wezwania do udowodnienia podjęcia działań naprawczych, mimo że odwołujący w niniejszym postępowaniu nie przestawił informacji wprowadzających w błąd. Odwołujący nie został wykluczony z postępowania o znak IR-260-01.2023 na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy. nie znajduje się w okresie wykluczenia z art. 111 pkt 5 ustawy oraz że w postępowaniu znak IR-260-01.2023 przedstawił niewłaściwy dokument omyłkowo a nie w sposób zamierzony:
W okolicznościach tego postępowania brak jest podstaw do zastosowania wobec odwołującego podstawy wykluczenia określonej w art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy.
W trakcie obecnie prowadzonego postępowania odwołujący nie przekazał zamawiającemu nieprawdziwych informacji.
Jednocześnie nie został on wykluczony z postępowania o udzielenie zamówienia pn. „DOSTAWY - Dostawa i montaż mebli biurowych do pomieszczeń nowego budynku Sądu Rejonowego w Częstochowie" znak IR-260-01.2023 na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy oraz nie znajduje się w okresie wykluczenia z art. 111 pkt 5 ustawy.
Ponadto do złożenia przez odwołującego niewłaściwego dokumentu w ramach postępowania o udzielenie zamówienia znak IR-260-01.2023 doszło omyłkowo. Zaistnienie omyłki miało związek z absencją urlopową kluczowego pracownika odwołującego odpowiedzialnego za obsługę postępowania. Odwołujący przedkładając w toku postępowania znak IR-260-

01.2023 przedmiotowy dokument - nie miał zamiaru wprowadzenia zamawiającego w błąd. Intencją odwołującego było złożenie dokumentu, który potwierdzałby spełnienie warunków udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji finansowej lub ekonomicznej.
Tymczasem przyczyną wezwania odwołującego w niniejszym postępowaniu do złożenia dowodów na podjęcie działań naprawczych związanych z sytuacją zaistniałą w postępowaniu znak IR-260-01.2023 - było stwierdzenie, że działanie odwołującego w poprzednim postępowaniu o udzielenie zamówienia stanowiło wprowadzenie zamawiającego w błąd odnośnie do potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu.
Takie stwierdzenie jest nieuprawnione w świetle zaistniałego stanu faktycznego. W konsekwencji niezasadnym jest żądanie od odwołującego udowodnienia podjęcia środków naprawczych tj. dokonania procedury samooczyszczenia w związku z sytuacją zaistniałą w postępowaniu nr IR-260-01.2023.
Zgodnie z orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej przesłanki wykluczenia z postępowania - z uwagi na ich sankcyjnych charakter - interpretuje się ściśle. Jednocześnie wskazuje się tam, że w przypadku podstawy wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy - jeśli w poprzednio prowadzonym postępowaniu nie nastąpiła czynność wykluczenia wykonawcy z postępowania z uwagi na przekazanie nieprawdziwych informacji ani nie stwierdzono wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej, że wykonawca podlega wykluczeniu z postępowania w związku z przekazaniem nieprawdziwych informacji - podstawa ta może zostać zastosowana wyłącznie w związku z okolicznościami zaistniałymi w obecnie prowadzonym postępowaniu a nie w postępowaniu prowadzonym w przeszłości —Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 15.11.2022 r.. sygn. akt KIO 2868/22:
Zgodnie z art. 111 pkt 5 ustawy, aby sankcja wykluczenia odniosła skutek na przyszłość, to w danym postępowaniu zamawiający musi dokonać czynności wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 109 ust 1 pkt 8 ustawy.
Niedopuszczalne jest zatem wykluczenie wykonawcy w danym postępowaniu z uwagi na wystąpienie zdarzenia, które mogłoby być podstawą wykluczenia wykonawcy w innym postępowaniu, w którym to wykonawca ten nie został jednak wykluczony.
Podkreślić należy, że przepisy dotyczące podstaw wykluczenia, jako normy o charakterze sankcyjnym, eliminującym wykonawców z postępowania, podlegają wykładni ściślej i nie mogą być rozszerzane na inne stany faktyczne, niż wymienione w przepisach ustawy.
—Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 22.03.2023 r. sygn. akt KIO 620/23:
Oceniając przesłanki wykluczenia danego wykonawcy z postępowania należy oceniać stan faktyczny istniejący w danym postępowaniu, co nie może obejmować okoliczności, które dotyczyć miały innych zamawiających i nie zostały one potwierdzone wyrokiem, łub ostateczną decyzją zamawiających o wykluczeniu wykonawcy z postępowania.
Dalej w odniesieniu do podstaw wykluczenia z postępowania w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej wskazuje się, że konieczność uprzedniego wykluczenia wykonawcy z postępowania w związku z przedstawieniem nieprawdziwych informacji wynika z treści przepisu art. 111 ustawy, w którym posłużono się zwrotem „zaistnienia zdarzenia będącego podstawą wykluczenia".
Wskazuje się również, że bez znaczenia pozostaje okoliczność, że w poprzednio prowadzonym postępowaniu nie wykluczono wykonawcy z tego powodu, że nie przewidziano tam możliwości zastosowania podstawy wykluczenia z postępowania dotyczącej przekazania nieprawdziwych informacji:
—Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 29.11.2021 r., sygn. akt KIO 3315/21:
Niemniej jednak jak wynika ze złożonych dowodów w postępowaniu tym zamawiający nie dokonał czynności wykluczenia Przystępującego w oparciu o art. 109 ust 1 pkt 10 ustawy, co jest znamienne dla rozstrzygnięcia sporu w tym zakresie. Zauważenia wymaga, że norma art. 111 pkt 6 ustawy wskazuje, że wykluczenie następuje na okres roku od zaistnienia zdarzenia będącego podstawą wykluczenia. Przepis odnosi się do uregulowania dotyczącego wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy. Z powyższego wynika zatem, że aby sankcja wykluczenia odniosła skutek na przyszłość to w danym postępowaniu zamawiający musi dokonać czynności wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy. Z ustalonego stanu faktycznego bezsprzecznie wynika, że Przystępujący nie został wykluczony z postępowania na podstawie przywołanego przepisu, a okoliczności przywołane przez odwołującego, skutkowały wyłącznie przyznaniem Przystępującemu 0 pkt w kryterium jakość. Wykluczenie z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy, jako przesłanka fakultatywna wykluczenia, jak zresztą wskazywał Odwołujący, nie została przewidziana w postępowaniu prowadzonym przez NCBR w dokumentacji zamówienia. Dlatego też uznać należało, że Przystępujący prawidłowo oświadczył w niniejszym postępowaniu, że nie podlega wykluczeniu z postępowania,
Przenosząc powyższe na okoliczności tego postępowania odwołujący wskazał, że nie podlega wykluczeniu na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy, bowiem nie wykluczono go na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy z postępowania o udzielenie zamówienia znak IR-260-01.2023 ani w toku obecnie prowadzonego postępowania nie przekazał zamawiającemu nieprawdziwych informacji.
Z uwagi na okoliczności, że:

—odwołującego nie wykluczono na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy z poprzednio prowadzonego postępowania,
—okres wykluczenia przewidziany w art. 111 pkt 5 ustawy biegnie jedynie w przypadku wykluczenia wykonawcy z postępowania oraz że
—w tym postępowaniu odwołujący nie przedstawił zamawiającemu nieprawdziwych informacji
- Wykonawca oświadczył w ramach JEDZ, że nie jest winny poważnego wprowadzenia w błąd przy dostarczaniu informacji wymaganych do weryfikacji braku podstaw wykluczenia lub do weryfikacji spełnienia kryteriów kwalifikacji oraz, że nie zataił tych informacji.
Jednocześnie za niewłaściwe, a także za spóźnione należy uznać twierdzenia zamawiającego odnoszące się do działań odwołującego w poprzednim postępowaniu - jakoby miały one stanowić wprowadzenie zamawiającego w błąd.
Zamawiający uzasadniając czynność odrzucenia oferty odwołującego w postępowaniu znak IR- 260-01.2023. - nie wskazał, że uznaje działanie odwołującego za przedstawienie informacji nieprawdziwych. Zatem ocena okoliczności jakie wystąpiły w poprzednim postępowaniu wyrażona w wezwaniu z dnia 11.08.2023 r. do wykazania podjęcia działań naprawczych - stanowi rozszerzenie niewzruszalnej już czynności odrzucenia oferty odwołującego z poprzedniego postępowania.
Odwołujący nie mógł mieć i nie miał świadomości, że okoliczności związane z poprzednim postępowaniem zostaną przez zamawiającego zakwalifikowane jako wprowadzenie zamawiającego w błąd - szczególnie, że zamawiający nie wskazywał na to w uzasadnieniu odrzucenia oferty.
Działanie zamawiającego sprowadza się zatem do następczego rozszerzenia podstawy czynności odrzucenia oferty odwołującego jaka miała miejsce w poprzednim postępowaniu, przy jednoznacznie negatywnym wpływie tego działania na sytuację odwołującego w aktualnym postępowaniu.
W tym kontekście należy przywołać stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej wyrażone w wyroku z dnia 14.03.2023 r., w sprawie o sygn. akt KIO 539/23, które mimo że dotyczy postępowań prowadzonych przez dwóch różnych zamawiających, to sformułowano w nim zasadę, że nie jest dopuszczalne na etapie toczącego się postępowania - badania podstaw wykluczenia w innym, wcześniej prowadzonym postępowaniu:
— Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14.03.2023 r., sygn. akt KIO 539/23:
[...] przyjęcie poglądu, że Zamawiający na etapie toczącego się obecnie postępowania jest uprawniony do badania zaistnienia podstaw wykluczenia wykonawcy w innym postępowaniu skutkowałoby brakiem pewności i przejrzystości prawa, bowiem każdy zamawiający przez okres 1 roku miałby prawo badać prawidłowość czynności innych zamawiających podjętych w innych postępowaniach wobec danego wykonawcy. Wskazać należy, że w świetle art. 111 pkt 6 ustawy wykluczenie wykonawcy następuje w przypadku, o którym mowa w art. 109 ust. 1 pkt 10, na okres roku od zaistnienia zdarzenia będącego podstawą wykluczenia. Powyższa przesłanka aktualizuje się dopiero w sytuacji, w której dany zamawiający skutecznie wykluczy wykonawcę z postępowania na podstawie art. 109 ust 1 pkt 10 ustawy. Taka sytuacja nie miała jednak miejsca w historycznym postępowaniu prowadzonym przez Gminę Wilczyce z uwagi na brak przewidzenia fakultatywnej przesłanki wykluczenia, o której mowa w art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy. Jednocześnie brak jest analogicznej regulacji prawnej w przypadku odrzucenia oferty wykonawcy na podstawie art. 226ust. 1 pkt 7 ustawy.
W związku z powyższym wezwanie odwołującego do udowodnienia podjęcia działań naprawczych związanych z sytuacją zaistniałą w postępowaniu nr IR-260-01.2023 należy uznać za bezpodstawne.
Udowodnienie przez odwołującego, że podjął działania naprawcze związane z sytuacją zaistniałą poprzednio prowadzonym postępowania - byłoby zasadne jedynie w przypadku, gdyby Wykonawca został w tamtym postępowaniu wykluczony na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy oraz znajdował się w okresie wykluczenia, o którym mowa w art. 111 pkt 5 ustawy.
Tymczasem odwołujący nie został wykluczony z postępowania o udzielenie zamówienia nr IR-260-01.2023 na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy oraz nie znajduje się w okresie wykluczenia z postępowania, o którym mowa w art. 111 pkt 5 ustawy.
W tych okolicznościach odwołujący nie podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy.
II. Zarzut naruszenia art. 239 ust. 1 ustawy - przez z zaniechanie wyboru oferty odwołującego jako oferty najkorzystniejszej w postępowaniu:
Powyższy zarzut ma charakter wynikowy w stosunku do wcześniejszego zarzutu. Gdyby Zamawiający prawidłowo przeprowadził procedurę badania i oceny ofert - stwierdziłby, że Odwołujący nie podlega wykluczeniu z postępowania, a w konsekwencji nie wezwałby go do udowodnienia podjęcia działań naprawczych związanych z sytuacją zaistniałą w postępowaniu o udzielenie zamówienia pn. „DOSTAWY - Dostawa i montaż mebli biurowych do pomieszczeń nowego budynku Sądu Rejonowego w Częstochowie", nr IR-260-01.2023. Wówczas odwołujący uzyskałby ostateczną możliwość potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu i braku podstaw wykluczenia z postępowania. Zamawiający powinien był wówczas dokonać wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej w świetle ustanowionych w postępowaniu kryteriów oceny ofert.

W dniu 18 sierpnia 2023 r. zamawiający poinformował o wniesieniu odwołania.
W dniu 21 sierpnia 2023 r. wykonawca TRONUS POLSKA Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Ordona 2A poinformował, że przystępuje do odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18.08.2023 r. dotyczącego postępowania „DOSTAWY- Dostawa i montaż mebli biurowych do pomieszczeń nowego budynku Sądu Rejonowego w Częstochowie", nr referencyjny IR- 260-05.2023. Zgłoszenie zostało wniesione przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 23 stycznia 2023 r. udzielonego przez prezesa zarządu i upoważniającego pełnomocnika do uczestnictwa w:
• przetargach ograniczonych,
• przetargach nieograniczonych,
• postępowań w trybie podstawowym,
• postępowań niepodlegających przepisom ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo Zamówień Publicznych
• zamówień z wolnej ręki.
a także poświadczania zgodności z oryginałem dokumentów załączanych do oferty, podpisywania ofert oraz innych dokumentów związanych z udziałem Tronus Polska Sp. z o.o. w postępowaniu o udzielenie zamówień publicznych za wyjątkiem popisywania umów.
Do zgłoszenia nie dołączono dowodów przekazania zgłoszenia stronom.
W dniu 21 sierpnia 2023 r. wykonawca A. K. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą A. K. Starpol Meble, zgłosiła przystąpienie po stronie zamawiającego do postępowania odwoławczego. Wniósł o uznanie odwołania za niezasadne i oddalenie go w całości.
Przystępujący wskazał, że posiada interes w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść strony, do której przystępuje. Zamawiający nie dokonał w niniejszym postępowaniu wyboru oferty najkorzystniejszej i oferta przystępującego może zostać za taką uznana (a nawet w przypadku dokonania w międzyczasie wyboru oferty najkorzystniejszej innej niż oferta przystępującego – przystępujący będzie uprawniony do wniesienia w odpowiednim terminie środków ochrony prawnej w stosunku do tej czynności). W przypadku uwzględnienia odwołania szansa przystępującego na wybór zmniejszy się (z przeliczenia kryteriów oceny ofert wynika, że odwołujący, jeśli jego oferta spełni wymagania zamawiającego, będzie wyżej sklasyfikowany od przystępującego) Zgłoszenie zostało wniesione przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 24 listopada 2023 r. udzielonego przez właściciela firmy i obejmującego reprezentowanie przed Krajową Izbą Odwoławczą. Do zgłoszenia dołączono dowody przekazania przystąpienia stronom postępowania.
W dniu 29 sierpnia 2023 r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie wnosząc o jego oddalenie w całości. Zamawiający wnosi o oddalenie odwołania w całości
Przede wszystkim zamawiający wskazał, że odwołujący nie wykazał interesu prawnego w skorzystaniu ze środka ochrony prawnej w przedmiotowym postępowaniu. Odwołujący wskazał, że interes ten polegać ma na tym, że zamawiający z naruszeniem przepisów ustawy wezwał go do złożenia dowodów na podjęcie działań naprawczych w związku z sytuacją zaistniałą w innym postępowaniu i wskazał, że podlega on wykluczeniu na podstawie art.109 ust.1 pkt 8 ustawy, co stwarza możliwość poniesienia szkody, wskutek braku uzyskania tego zamówienia i nie osiągnięcia zysku, pomimo złożenia najkorzystniejszej oferty, a także potencjalnej możliwości braku uzyskania innych zamówień. Zamawiający uważa, że samo wezwanie odwołującego do self-cleaningu nie oznacza, że odwołujący ma interes prawny we wniesieniu odwołania w zakresie tego wezwania. Nie oznacza również, że powstają negatywne skutki dla odwołującego, które uzasadniałyby przyjęcie, że ma on interes prawny we wniesieniu odwołania. Skutek taki rodzić będzie wykluczenie odwołującego i odrzucenie jego oferty, wskutek uznania przez zamawiającego, że zachodzą ku temu uzasadnione podstawy. Tak więc taki interes prawny w kontekście skorzystania ze środków ochrony prawnej może zaistnieć, ale nie w tym momencie postępowania.
Gdyby jednak uznać, że odwołujący wykazał interes prawny we wniesieniu odwołania poniżej zamawiający przedstawia swoje stanowisko wobec każdego z zarzutów kierowanych pod jego adresem:
Zarzut 1:
Naruszenia art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy oraz art. 111 pkt 5 ustawy w zw. z art. 110 ust. 2 i 3 ustawy - przez stwierdzenie, że w związku z sytuacją zaistniałą w prowadzonym w przeszłości postępowaniu o udzielenie zamówienia (znak IR-260-01.2023) odwołujący podlega wykluczeniu z tego postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy z powodu przedstawienia informacji wprowadzających w błąd oraz poprzez skierowanie do odwołującego wezwania do udowodnienia podjęcia działań naprawczych, mimo że odwołujący w tym postępowaniu nie przestawił informacji wprowadzających w błąd, odwołujący nie został wykluczony z postępowania o znak IR-260-01.2023 na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy, nie znajduje się w okresie wykluczenia z art. 111 pkt 5 ustawy oraz że w postępowaniu znak IR-260-01.2023 przedstawił niewłaściwy dokument omyłkowo a nie w sposób zamierzony;
W dniu 11 sierpnia 2023 r. zamawiający, postępując zgodnie z zapisami art. 110 Ustawy Pzp, wezwał odwołującego do udowodnienia podjęcia działań naprawczych związanych z sytuacją zaistniałą w niedalekiej przeszłości, w postępowaniu

znak IR-260-01.2023, na: „DOSTAWY - Dostawa i montaż mebli biurowych do pomieszczeń nowego budynku Sądu Rejonowego w Częstochowie", przeprowadzonym przez zamawiającego w trybie przetargu nieograniczonego, w którym odwołujący złożył ofertę. W toku tego postępowania w dniu 19.05.2023 r. odwołujący przedłożył polisę ubezpieczeniową TUiR WARTA S.A. nr 908578050173 na okres od 25.05.2022 r. do 24.05.2023 r. z sumą ubezpieczenia na kwotę 1.000.000 zł, bez dowodu jej opłacenia, który następnie został uzupełniony na wezwanie zamawiającego.
W dniu 29.05.2023 r. odwołujący potwierdził prawidłowość i aktualność przedłożonych środków dowodowych, zgodnie z art. 127 ust. 2 ustawy, po czym w dniu 30.05.2023 r. oferta odwołującego została wybrana przez zamawiającego jako najkorzystniejsza.
Na skutek odwołania jednego z wykonawców - SIGMA sp. z o.o. z siedzibą w Opolu, zamawiający powziął wątpliwość, czy dokumenty oraz oświadczenia przedłożone przez odwołującego w zakresie posiadanego ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej są prawdziwe.
SIGMA Sp. z o.o., przedłożyła korespondencję e-mail, z której wynika, że w dniu 1.06.2023 r. zwróciła się z prośbą do ubezpieczyciela TUiR WARTA S.A. o weryfikację przedłożonej przez odwołującego w postępowaniu polisy ubezpieczeniowej nr 908578050173 na okres od 25.05.2022 r. do 24.05.2023 r. W tym samym dniu ubezpieczyciel poinformował SIGMA sp. z o.o., że polisa ta nie jest zgodna ze stanem faktycznym. Niezgodność ta dotyczy okresu ubezpieczenia, ponieważ polisa obejmowała w rzeczywistości okres od dnia 25.06.2021 r. do 24.06.2022 r., składki oraz sumy gwarancyjnej, która wynosiła 100.000 zł.
W dniu 12.06.2023 r. odwołujący złożył do zamawiającego oświadczenie, w którym ustosunkował się do złożonego odwołania, w którym pominął kwestię ubezpieczenia. Na dodatkowe zapytanie zamawiającego odwołujący zdawkowo wskazał, że w dokumentacji został omyłkowo załączony niewłaściwy plik, a obowiązująca jest polisa, która nie potwierdzała spełniania warunków udziału w postępowaniu znak IR-260-01.2023 (w załączeniu korespondencja w ww. zakresie (Załącznik nr 1). Zaistniała sytuacja spowodowała, że zamawiający zmuszony był unieważnić czynność wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.
Na skutek unieważnienia czynności zamawiający dokonał ponownego badania ofert złożonych w postępowaniu o udzielenie zamówienia znak IR-260-01.2023, w wyniku czego oferta odwołującego została odrzucona na podstawie:
-art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy tj. niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia- odwołujący zaoferował meble nieposiadające wymaganych certyfikatów;
-art. 226 ust. 1 pkt 2 litera b ustawy tj. niespełnienie warunków udziału w postępowaniu - odwołujący nie spełnił warunku udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji finansowej lub ekonomicznej - brak polisy ubezpieczeniowej, aktualnej na dzień składania ofert.
Zamawiający nie dokonał odrzucenia tej oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 litera a) w związku z art. 109 ust. 1 pkt 8, z uwagi na fakt, że nie wskazano tej fakultatywnej przesłanki wykluczenia (w załączeniu treść Specyfikacji Warunków Zamówienia znak IR-260-01.2023 (Załącznik nr 2)).
W ocenie zamawiającego, opisane powyżej fakty były związane z zamierzonym działaniem odwołującego, które wprowadziło zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega on wykluczeniu i że spełnia warunki udziału w postępowaniu, co miało istotny wpływ na decyzję zamawiającego, gdyż na podstawie tych informacji zamawiający podjął decyzję o wyborze oferty odwołującego jako najkorzystniejszej w tym postępowaniu.
W świetle powyższego, mając na uwadze wskazanie w bieżącym postępowaniu fakultatywnej przesłanki wykluczenia na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy, oraz treść oświadczenia, jakie odwołujący złożył na formularzu JEDZ w postępowaniu znak IR-260-05.2023, gdzie potwierdził on że:
a)nie jest Pan winny poważnego wprowadzenia w błąd przy dostarczaniu informacji wymaganych do weryfikacji braku podstaw wykluczenia lub do weryfikacji spełnienia kryteriów kwalifikacji;
b)nie zataił tych informacji;
c)jest w stanie niezwłocznie przedstawić dokumenty potwierdzające wymagane przez instytucję zamawiającą lub podmiot zamawiający;
oraz
d)nie przedsięwziął kroków, aby w bezprawny sposób wpłynąć na proces podejmowania decyzji przez instytucję zamawiającą lub podmiot zamawiający, pozyskać informacje poufne, które mogą dać mu nienależną przewagę w postępowaniu o udzielenie zamówienia, lub wskutek zaniedbania przedstawić wprowadzające w błąd informacje, które mogą mieć istotny wpływ na decyzje w sprawie wykluczenia, kwalifikacji lub udzielenia zamówienia,
Zamawiający powziął wątpliwość co do rzetelności (zgodności z rzeczywistością) złożonego oświadczenia i poinformował odwołującego, że zachodzi przesłanka do wykluczenia go z tego postępowania. Zgodnie z art. 110 ustawy zamawiający wystąpił do odwołującego z wezwaniem do udowodnienia podjęcia działań naprawczych.
Odwołujący udzielił odpowiedzi na wezwanie. Nie zgodził się ze stanowiskiem zamawiającego w zakresie podstawy wezwania i złożył odwołanie do Krajowej Izby Odwoławczej.

W ocenie zamawiającego fakt, że odwołujący nie został wykluczony z postępowania znak IR- 260-01.2023 na podstawie art.109 ust.1 pkt 8 ustawy, nie oznacza braku możliwości dokonywania przez zamawiającego oceny tego zachowania i wyciągania z niego określonych konsekwencji, w kontekście art. 111 pkt 5 ustawy. Nie minął bowiem okres dwóch lat od dnia, w którym w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa odwołujący przedstawił informacje wprowadzające w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.
Zarzut 2:
Naruszenie art. 239 ust. 1 przez z zaniechanie wyboru oferty odwołującego jako oferty najkorzystniejszej w postępowaniu.
Wg stanu na dzień złożenia odwołania przez odwołującego do chwili obecnej zamawiający nie dokonał żadnej z poniższych czynności:
•wykluczenia Wykonawcy/ów z postępowania znak IR-260-05.2023;
•odrzucenia ofert/y Wykonawcy/ów, złożonych w postępowaniu znak IR-260-05.2023;
•wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu znak IR-260-05.2023.
Poniżej zamawiający przedstawia swoje stanowisko wobec żądań odwołującego tj.:
Odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:
1.unieważnienia czynności wezwania odwołującego do udowodnienia podjęcia działań naprawczych związanych z sytuacją zaistniałą w postępowaniu o udzielenie zamówienia pn. „DOSTAWY - Dostawa i montaż mebli biurowych do pomieszczeń nowego budynku Sądu Rejonowego w Częstochowie", znak IR-260-01.2023
oraz
2.unieważnienia czynności oceny, że odwołujący podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy;
3.przeprowadzenia ponownego badania i oceny ofert.
Ad. 1.
Wezwanie odwołującego do udowodnienia podjęcia działań naprawczych związanych z sytuacją zaistniałą w niedalekiej przeszłości, w postępowaniu znak IR-260-01.2023 zostało wystosowane w zgodzie z przepisami art. 110 ustawy.
Ad. 2.
Zamawiający wg stanu na dzień złożenia odwołania przez odwołującego do chwili obecnej nie dokonał oceny, że odwołujący podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy.
Ad. 3.
Badanie i ocena ofert w postępowaniu znak IR-260-05.2023 wg stanu na dzień złożenia odwołania oraz na dzień dzisiejszy jest w toku.
W związku ze stanowiskiem przedstawionym, wyżej zamawiający wnosi o dopuszczenie dowodu z następujących dokumentów, które załącza do niniejszej odpowiedzi na okoliczności tak wskazane:
1. Załącznik nr 1, na który składają się:
-POLISA EKSTRABIZNES PLUS NR: 908578050173, na sumę gwarancyjną 1 000 000,00 zł,
-potwierdzenie zlecenia płatniczego z tytułu: polisa nr 908578050173;
-oświadczenie odwołującego, dotyczące przyznania, że oferowany przedmiot zamówienia nie spełnia wymagań zamawiającego;
-wezwanie odwołującego do zajęcia stanowiska ws. POLISY EKSTRABIZNES PLUS NR: 908578050173;
-oświadczenie odwołującego, dotyczące omyłkowego załączenia niewłaściwego pliku POLISA EKSTRABIZNES PLU NR: 908578050173;
-oświadczenie odwołującego, potwierdzające prawidłowość i aktualność podmiotowych środków dowodowych, przekazanych zamawiającemu w postępowaniu znak IR-260-01.2023;
-korespondencja e-mail z TUiR „WARTA” S.A. ws. autentyczności POLISY EKSTRABIZNES PLUS NR: 908578050173;
2. Załącznik nr 2 - specyfikacja Warunków Zamówienia w postępowaniu znak IR-260-01.2023.
Izba ustaliła następujący stan faktyczny:
Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania tj. SWZ, JEDZ odwołującego, wezwania do self-cleaning z dnia 11 sierpnia 2023 r. oraz dowody, o których przeprowadzenie wnioskował zamawiający w odpowiedzi na odwołania, zgodnie z wykazem załączników przytoczony powyżej i dowody złożone przez odwołującego na rozprawie.
Na podstawie tych dowodów Izba ustaliła, co następuje:
Zamawiający w tym postępowaniu w rozdziale X pkt 1 SWZ wskazał fakultatywną przesłankę wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy.
W ofercie odwołujący złożył JED, w którym w części III sekcja C na pytania o treści:
Czy wykonawca może potwierdzić, że: nie jest winny poważnego wprowadzenia w błąd przy dostarczaniu informacji wymaganych do weryfikacji braku podstaw wykluczenia lub do weryfikacji spełnienia kryteriów kwalifikacji;

b) nie zataił tych informacji;
c) jest w stanie niezwłocznie przedstawić dokumenty potwierdzające wymagane przez instytucję zamawiającą lub podmiot zamawiający; oraz
d) nie przedsięwziął kroków, aby w bezprawny sposób wpłynąć na proces podejmowania decyzji przez instytucję zamawiającą lub podmiot zamawiający, pozyskać informacje poufne, które mogą dać mu nienależną przewagę w postępowaniu o udzielenie zamówienia, lub wskutek zaniedbania przedstawić wprowadzające w błąd informacje, które mogą mieć istotny wpływ na decyzje w sprawie wykluczenia, kwalifikacji lub udzielenia zamówienia?
udzielił odpowiedzi TAK.
W dniu 11 sierpnia 2023 r. zamawiający skierował do odwołującego wezwanie, w którym stwierdził, że w nawiązaniu do treści oferty, złożonej w postępowaniu o udzielenie zamówienia znak IR-260- 05.2023, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego, na: „DOSTAWY - Dostawa i montaż mebli biurowych do pomieszczeń nowego budynku Sądu Rejonowego w Częstochowie", w szczególności w zakresie złożonego oświadczenia na formularzu JEDZ, gdzie odwołujący potwierdził iż:
a)nie jest winny poważnego wprowadzenia w błąd przy dostarczaniu informacji wymaganych do weryfikacji braku podstaw wykluczenia lub do weryfikacji spełnienia kryteriów kwalifikacji:
b)nie zataił tych informacji;
c)jest w stanie niezwłocznie przedstawić dokumenty potwierdzające wymagane przez instytucję zamawiającą lub podmiot zamawiający;
oraz
d)nie przedsięwziął kroków, aby w bezprawny sposób wpłynąć na proces podejmowania decyzji przez instytucję zamawiającą lub podmiot zamawiający, pozyskać informacje poufne, które mogą dać mu nienależną przewagę w postępowaniu o udzielenie zamówienia, lub wskutek zaniedbania przedstawić wprowadzające w błąd informacje, które mogą mieć istotny wpływ na decyzje w sprawie wykluczenia, kwalifikacji lub udzielenia zamówienia;
zamawiający wezwał do udowodnienia podjęcia działań naprawczych związanych z sytuacją zaistniałą w postępowaniu znak IR-260-01.2023., na: „DOSTAWY - Dostawa i montaż mebli biurowych do pomieszczeń nowego budynku Sądu Rejonowego w Częstochowie", przeprowadzonym przez zamawiającego w trybie przetargu nieograniczonego, w którym odwołujący złożył ofertę. W toku tego postępowania w dniu 19.05.2023 r. odwołujący przedłożył polisę ubezpieczeniową TUiR WARTA S.A. nr 908578050173 na okres od 25.05.2022 r. do 24.05.2023 r. z sumą ubezpieczenia na kwotę 1.000.000 zł, bez dowodu jej opłacenia, który następnie został uzupełniony na wezwanie zamawiającego.
W dniu 29.05.2023 r. odwołujący potwierdził prawidłowość i aktualność przedłożonych środków dowodowych, zgodnie z art. 127 ust. 2 ustawy, po czym w dniu 30.05.2023 r. oferta odwołującego została wybrana przez zamawiającego jako najkorzystniejsza.
Na skutek odwołania jednego z wykonawców - SIGMA sp. z o.o. z siedzibą w Opolu, zamawiający powziął wątpliwość, czy dokumenty oraz oświadczenia przedłożone przez odwołującego w zakresie posiadanego ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej są prawdziwe.
Odwołujący się wykonawca, przedłożył korespondencję e-mail, z której wynika, że w dniu 1.06.2023 r. zwrócił się z prośbą do ubezpieczyciela TUiR WARTA S.A. o weryfikację przedłożonej przez odwołującego w postępowaniu polisy ubezpieczeniowej nr 908578050173 na okres od 25.05.2022 r. do 24.05.2023 r. W tym samym dniu ubezpieczyciel poinformował SIGMA sp. z o.o., że polisa ta nie jest zgodna ze stanem faktycznym. Niezgodność ta dotyczy okresu ubezpieczenia, ponieważ polisa obejmowała w rzeczywistości okres od dnia 25.06.2021 r. do 24.06.2022 r., składki oraz sumy gwarancyjnej, która wynosiła 100.000 zł.
W dniu 12.06.2023 r. odwołujący złożył do zamawiającego oświadczenie, w którym ustosunkował się do złożonego odwołania, w którym pominął kwestię ubezpieczenia. Na dodatkowe zapytanie zamawiającego zdawkowo wskazał, że w dokumentacji został omyłkowo załączony niewłaściwy plik, a obowiązująca jest polisa, która nie potwierdzała spełniania warunków udziału w postępowaniu znak IR-260-01.2023.
Zaistniała sytuacja spowodowała, że zamawiający zmuszony był unieważnić czynność wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.
W ocenie zamawiającego opisane powyżej fakty były związane z zamierzonym działaniem odwołującego, które wprowadziło zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że odwołujący nie podległ wykluczeniu, że spełniał warunki udziału w postępowaniu, co miało istotny wpływ na decyzję zamawiającego, gdyż na podstawie tych informacji zamawiający podjął decyzję o wyborze oferty odwołującego jako najkorzystniejszej w tym postępowaniu.
W świetle powyższego zachodzi przesłanka do wykluczenia odwołującego z postępowania znak IR-260-05.2023. na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8. przewidzianej w dokumentach zamówienia tego postępowania. Zamawiający zobowiązuję odwołującego do dokonania powyższego w nieprzekraczalnym terminie do dnia 17 sierpnia 2023 r.
W dniu 16 sierpnia 2023 r. odwołujący zajął stanowisko w przedmiocie braku podstaw do wykluczenia z postępowania na

podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy oraz złożył wniosek o unieważnienie czynności wezwania do udowodnienia podjęcia działań naprawczych oraz oceny, że wykonawca podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy

I. W odniesieniu do wezwania z dnia 11.08.2023 r. do udowodnienia podjęcia działań naprawczych związanych z sytuacją zaistniałą w postępowaniu o udzielenie zamówienia pn. „DOSTAWY – Dostawa i montaż mebli biurowych do pomieszczeń nowego budynku Sądu Rejonowego w Częstochowie", IR-260-01.2023, w którym wskazano, iż wobec Wykonawcy zachodzi przesłanka do wykluczenia z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy – odwołujący:

1) wskazał, że w okolicznościach niniejszego postępowania brak jest podstaw do zastosowania wobec niego przedmiotowej podstawy wykluczenia, jako że nie został on wykluczony z postępowania o udzielenie zamówienia pn. „DOSTAWY – Dostawa i montaż mebli biurowych do pomieszczeń nowego budynku Sądu Rejonowego w Częstochowie", IR-260-01.2023 na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy ani w trakcie obecnie prowadzonego postępowania nie przekazał Zamawiającemu nieprawdziwych informacji oraz

2) wniósł o unieważnienie czynności wezwania z dnia 11.08.2023 r. do udowodnienia podjęcia działań naprawczych związanych z sytuacją zaistniałą w postępowaniu o udzielenie zamówienia pn. „DOSTAWY – Dostawa i montaż mebli biurowych do pomieszczeń nowego budynku Sądu Rejonowego w Częstochowie", IR-260-01.2023, a w tym unieważnienie czynności oceny, że podlega on wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy.

II. Zgodnie z orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej przesłanki wykluczenia z postępowania - z uwagi na ich sankcyjnych charakter - interpretuje się ściśle. Jednocześnie wskazuje się tam, że w przypadku podstawy wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy - jeśli w poprzednio prowadzonym postępowaniu nie nastąpiła czynności wykluczenia wykonawcy z postępowania z uwagi na przekazanie nieprawdziwych informacji ani nie stwierdzono wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej, że wykonawca podlega wykluczeniu z postępowania w związku z przekazaniem nieprawdziwych informacji – podstawa ta może zostać zastosowana wyłącznie w związku z okolicznościami zaistniałymi w obecnie prowadzonym postępowaniu a nie w postępowaniu prowadzonym w przeszłości:

– Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 15.11.2022 r., sygn. akt KIO 2868/22:

– Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 22.03.2023 r., sygn. akt KIO 620/23:

– Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 29.11.2021 r., sygn. akt KIO 3315/21:

Odwołujący stwierdzi, że nie podlega wykluczeniu na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy, bowiem nie wykluczono go na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy z postępowania o udzielenie zamówienia pn. „DOSTAWY – Dostawa i montaż mebli biurowych do pomieszczeń nowego budynku Sądu Rejonowego w Częstochowie", IR-260-01.2023 ani w toku obecnie prowadzonego postępowania nie przekazał zamawiającemu nieprawdziwych informacji.

Z uwagi na okoliczności, że:

– Wykonawcy nie wykluczono na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy z poprzednio prowadzonego postępowania,

– okres wykluczenia przewidziany w art. 111 pkt 5 ustawy biegnie jedynie w przypadku wykluczenia wykonawcy z postępowania oraz że

– w tym postępowaniu wykonawca nie przedstawił zamawiającemu nieprawdziwych informacji

– wykonawca oświadczył w ramach JEDZ, iż nie jest winny poważnego wprowadzenia w błąd przy dostarczaniu informacji wymaganych do weryfikacji braku podstaw wykluczenia lub do weryfikacji spełnienia kryteriów kwalifikacji oraz że nie zataił tych informacji.

Odwołujący wniósł o unieważnienie czynności wezwania z dnia 11.08.2023 r. do udowodnienia podjęcia działań naprawczych związanych z sytuacją zaistniałą w postępowaniu o udzielenie zamówienia pn. „DOSTAWY – Dostawa i montaż mebli biurowych do pomieszczeń nowego budynku Sądu Rejonowego w Częstochowie", IR-260-01.2023, a w tym unieważnienie czynności oceny, że podlega on wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy.

Udowodnienie przez odwołującego, że podjął działania naprawcze związane z sytuacją zaistniałą poprzednio prowadzonym postępowania – byłoby zasadne jedynie w przypadku, gdyby został w tamtym postępowaniu wykluczony na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy oraz znajdował się w okresie wykluczenia, o którym mowa w art. 111 pkt 5 ustawy.

Tymczasem nie został wykluczony z postępowania o udzielenie zamówienia pn. „DOSTAWY – Dostawa i montaż mebli biurowych do pomieszczeń nowego budynku Sądu Rejonowego w Częstochowie", IR-260-01.2023 na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy oraz nie znajduje się w okresie wykluczenia z postępowania, o którym mowa w art. 111 pkt 5 ustawy.

Zamawiający – jako gospodarz postępowania – może w każdej chwili unieważnić swoją czynność w postępowaniu. Znajduje to potwierdzenie w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, gdzie wskazuje się, że unieważnienie czynności w postępowaniu może nastąpić aż do momentu zawarcia umowy o zamówienie:

– Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 21.11.2013 r., sygn. akt KIO 2591/13, KIO 2593/13
– Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 3.06.2015 r., sygn. akt KIO 1056/15:
Zamawiający może w okolicznościach tego postępowania samodzielnie dokonać unieważnienia czynności wezwania z dnia 11.08.2023 r. do udowodnienia podjęcia działań naprawczych związanych z sytuacją zaistniałą w postępowaniu o udzielenie zamówienia pn. „DOSTAWY – Dostawa i montaż mebli biurowych do pomieszczeń nowego budynku Sądu Rejonowego w Częstochowie", IR-260-01.2023, a w tym unieważnienia czynności oceny, że podlega on wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy.
Jednocześnie odwołujący wskazał, iż po zakończeniu postępowania o udzielenie zamówienia pn. „DOSTAWY – Dostawa i montaż mebli biurowych do pomieszczeń nowego budynku Sądu Rejonowego w Częstochowie", IR-260-01.2023 – podjął środki techniczne, organizacyjne i kadrowe mające na celu wyeliminowanie ryzyka zaistnienia sytuacji omyłkowego złożenia w toku postępowania o udzielenie zamówienia niewłaściwego dokumentu.
Wykonawca wyjaśnił, iż do złożenia niewłaściwego dokumentu w ramach postępowania o udzielenie zamówienia pn. „DOSTAWY – Dostawa i montaż mebli biurowych do pomieszczeń nowego budynku Sądu Rejonowego w Częstochowie", IR-260-01.2023 doszło omyłkowo. Zaistnienie omyłki miało związek z absencją urlopową kluczowego pracownika odwołującego odpowiedzialnego za obsługę postępowania. Odwołujący przedkładając przedmiotowy dokument nie miał zamiaru wprowadzenia zamawiającego w błąd. Intencją odwołującego było złożenie dokumentu, który potwierdzałby spełnienie warunków udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji finansowej lub ekonomicznej.
W związku z okolicznościami zaistniałymi w powyższym postepowaniu odwołujący w szczególności wprowadził mechanizm, gdzie dokumenty przedkładane w toku postępowania o udzielenie zamówienia podlegają 2-krotnej szczegółowej weryfikacji – wpierw przez pracownika obsługującego postępowanie a następnie przez J. P. lub wyznaczonego przez niego konkretnego pracownika wyższego szczebla. W ramach tego mechanizmu pracownik obsługujący postępowanie – po przeprowadzonej przez siebie wstępnej weryfikacji - zobowiązany jest przedstawić ww. osobom do weryfikacji przygotowane przez siebie dokumenty. Szczegółowa weryfikacja obejmuje m.in. sprawdzenie czy dokument przygotowany przez pracownika jest dokumentem właściwym. Dodatkowo u odwołującego wdrożono rejestr wysyłanych przez niego dokumentów, w którym przed złożeniem dokumentu – odnotowuje się kto podpisał dany dokument. Na potwierdzenie wdrożenia przedmiotowych środków odwołujący przedłożył wprowadzone zarządzenie (załącznik nr 1 do pisma). W powyższy sposób wyeliminowano ryzyko związane z omyłkowym przedłożeniem zamawiającemu niewłaściwych dokumentów.
Wykonawca wniósł o unieważnienie przez zamawiającego czynności z dnia 11.08.2023 r.
- do dnia 18.08.2023 r., godz. 12:00, z uwagi na to, że termin na wniesienie odwołania do Krajowej Izby Odwoławczej od tych czynności - upływa dnia 21.08.2023 r.
Do stanowiska dołączono :
Zarządzenie nr 11/2023 z dnia 1.07.2023 r.
I.W firmie FORNICA w związku z uczestnictwem w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego wprowadza się następujący wewnętrzny sposób weryfikacji dokumentów przed ich złożeniem w toku postępowania:
a)Osoba prowadząca postępowanie z ramienia firmy FORNICA przygotowuje dokumenty do złożenia w postępowaniu oraz dokonuje wstępnej weryfikacji dokumentów pod względem zgodności ich treści i poprawności formalnej z wymogami określonymi w dokumentach postępowania oraz prawdziwości. Ze wstępnej weryfikacji sporządza się sprawozdanie;
b)Osoba prowadząca postępowanie, po przeprowadzonej przez siebie wstępnej weryfikacji, przekazuje p. J. P. - Właścicielowi lub p. A. G. - Dyrektor Handlowej dokumenty do złożenia w ramach postępowania wraz ze sprawozdaniem z przeprowadzonej przez siebie weryfikacji;
c)W razie wykrycia nieprawidłowości przez p. J. P. lub p. A. G. - osoba prowadząca postępowanie koryguje ujawnione nieprawidłowości oraz przedstawia poprawione dokumenty zgodnie z lit. b powyżej;
d)Jeśli dokumenty nie zawierają nieprawidłowości lub jeśli nieprawidłowości usunięto - p. J. P. lub p. A. G. akceptują złożenie dokumentów w postępowaniu.
Postanowienie dotyczy wszelkich dokumentów firmy FORNICA oraz dokumentów dotyczących firmy FORNICA a wystawionych przed podmioty trzecie składanych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.
II.Dokumenty firmy FORNICA w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego - składane są jedynie po przeprowadzeniu weryfikacji przeprowadzonej zgodnie z pkt I zarządzenia.
III.Dokumenty firmy FORNICA w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego - wpisywane są do rejestru wysłanych pism. Przy dokumentach dokonuje się adnotacji z podaniem imienia, nazwiska i stanowiska osoby, która podpisała dokument.

IV.Za wykonanie obowiązków, o których mowa pkt I-III niniejszego zarządzenia odpowiedzialne są osoby wyznaczone w ramach firmy FORNICA do przygotowania i sporządzania ofert oraz dokumentów firmy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.
V. Zarządzenie wchodzi w życie z dniem 1 lipca 2023 r.
Dowody złożone przez zamawiającego do odpowiedzi na odwołanie:
SWZ na „DOSTAWY – Dostawa i montaż mebli biurowych do pomieszczeń nowego budynku Sądu Rejonowego w Częstochowie" Numer referencyjny zamówienia: IR-260-01.2023
W rozdziale X pkt 1 ppkt. 2 zamawiający przewidział fakultatywną podstawę wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 4 ustawy.
Wniosek Polisa ekstrabiznes plus nr 908578050173 na podstawie wniosku z dnia 24 maja 2022 TUiR Warta SA potiwerdza zawarcie umowy ubezpieczenia w oparciu o Ogólne Warunki Ubezpieczenia Warta Ekstrabiznes Plus o symbolu C9700 na rzecz Fornica J. P. na okres ubezpieczenia 25.05.2022 do 24.05.2023 ze składką wysokości 1 378 zł. płatną jednorazowo przelewem do dnia 8 czerwca 2022. Za ubezpieczyciela podpis nieczytelny - pieczęć Ubezpieczyciel Garnizon- Biurowiec Gamma. Do polisy dołączono dowód jej opłacenia w dniu 8 czerwca 2023r.
W dniu 12 czerwca 2023 r. odwołujący złożył oświadczenie, że jako producent mebli posiadamy atesty i certyfikaty na nasze linie mebli biurowych, które są przeznaczone głównie do kontraktów w ramach zamówień publicznych. Meble te charakteryzują się wysoką jakością i trwałością, dużą ilością brył o różnych kształtach i wymiarach, jednak jak się okazało po analizie treści odwołania, na niektóre meble opisane w OPZ nie posiadamy wymaganych certyfikatów. Pomimo dużej ilości pozycji jest mało prawdopodobne aby wszystkie wymagane przez zamawiającego meble pokrywały się dokładnie co do kształtów i wymiarów z naszym katalogiem. Tak jest też w dwóch przypadkach wskazanych przez odwołującego: biurko pracownicze B5 o długości 200cm ma mieć wymiar szerokości 75cm, regał z zamkniętymi półkami R1 o szer. 60cmi głębokości 40cm ma mieć wysokość 259cm- jest to niezgodne z wymiarami certyfikowanych mebli z naszej kolekcji.
Bardzo rzadko zdarza się, aby wszystkie meble przedstawione w OPZ były tożsame z linią mebli proponowaną przez oferentów, dlatego korzystną praktyką jest wymaganie przez Zamawiającego certyfikatów wraz z dostawą. Wtedy wykonawca ma czas na poszerzenie certyfikacji o brakujące pozycje tak aby na dzień dostawy wszystkie meble posiadały pełną certyfikację. Procest taki jest już tylko formalnością w sytuacji gdy pozostała cała linia mebli posiada niezbędne atesty i certyfikaty.
Do tej pory nie spotkaliśmy się z sytuacją, żeby firma konkurencyjna tak dokładnie analizowała zgodność poszczególnych mebli z certyfikatami, ale musimy przyznać, że w świetle Ustawy PZP ma rację.
Po dogłębnej i szczegółowej analizie i w świetle powyższego pozostałe kwestie są nie istotne w sytuacji, kiedy niektóre nasze meble nie posiadają wymaganych certyfikatów i nie spełniają warunków SWZ określonych przez Zamawiającego.
W związku z powyższym z przykrością stwierdzamy, że w zaistniałym stanie faktycznym zachodzi podstawa do uwzględnienia odwołania i odrzucenia naszej oferty.
Z poważaniem, J. P.
W dniu 12 czerwca 2023 r. zamawiający w nawiązaniu do oświadczenia, złożonego w dniu dzisiejszym tj. 12 czerwca 2023 r., w postępowaniu o udzielenie zamówienia znak IR-260-01.2023, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na: „DOSTAWY – Dostawa i montaż mebli biurowych do pomieszczeń nowego budynku Sądu Rejonowego w Częstochowie", zwrócił uwagę, że oświadczenie to nie wyczerpuje pełnego zakresu treści wniesionego odwołania.
Wobec powyższego zamawiający wezwał do zajęcia stanowiska w zakresie wiodącej treści odwołania tj. zgodności ze stanem faktycznym przedłożonej przez odwołującego i poświadczonej za zgodność z oryginałem, polisy ubezpieczeniowej o numerze 908578050173.
W dniu 13 czerwca 2023 r. odwołujący złożył oświadczenie, że w nawiązaniu do otrzymanego pisma informuję, że w dokumentacji został omyłkowo załączony niewłaściwy plik.
Obowiązującą jest polisa nr 922000492224
Zamawiający założył też korespondencję wykonawcy Sigma z TUiR Warta SA:
W dniu 1 czerwca 2023 r. Sigma wystąpił do TUiR o ą o weryfikację w/w dokumentu pod kątem zgodności ze stanem faktycznym.
Prosił o szczególne zwrócenie uwagi na to, czy polisa była aktywna we wskazanym okresie ubezpieczenia, sumę ubezpieczenia, numer polisy i wysokość składki oraz czy została opłacona w całości.
W załączeniu przesłał wniosek - polisę ekstrabiznes plus nr 9085578050173
W dniu 1 czerwca 2023 r. A. B. poprosiła o odpowiedź na prośbę o weryfikację B. R. stwierdzając:
Odnalazłam w systemie polisę o wskazanym numerze, jednak z innym okresem ubezpieczenia (25.06.2021 - 24.06.2022), inną składką oraz innymi sumami gwarancyjnymi. Nie jest to polisa, której skan załączył klient. Dodatkowo chciałabym zwrócić uwagę, że Ogólne Warunki Ubezpieczenia o symbolu C7900 na podstawie których załączona polisa

została zawarta, obowiązywały w okresie od 01.08.2020 r. do 31.03.2022 r. Nadmienię, że załączona polisa została zawarta w dniu 24.05.2022 r,, a więc w czasie kiedy obowiązywały już Ogólne Warunki Ubezpieczenia o symbolu C7901. Bardzo proszę o pilną informację zwrotną czy odnajduje Pani załączoną polisę w systemach TUiR WARTA SA.
W dniu 1 czerwca 2023 r. B. R. jako Regionalny Menadżer Sprzedaży RCS Katowice 3 TUiR „WARTA" S.A.TTUn „WARTA" S.A. ul. Katowicka 50 45-061 Opole poinformowała, że polisa o nr 908578050173 była ważna do 24.06.2022r, z sumą ubezpieczenia z tytułu odpowiedzialności cywilnej na 100 000zł. Dokument nie jest zgodny ze stanem faktycznym.

Dowody odwołującego
- informacja o unieważnieniu postępowania z dnia 22 czerwca 2023 r. z uzasadnienia faktycznego odrzucenia oferty odwołującego wynika: Wykonawca nie spełnia warunku udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji finansowej lub ekonomicznej. Na skutek pozyskania nowych informacji Komisja Przetargowa powzięła wątpliwość co do autentyczności dokumentów przedłożonych przez Wykonawcę FORNICA J. P. Wykonawca nie wyjaśnił powziętych wątpliwością jedynie potwierdził, że jedyną polisą jaką posiada jest ta, która nie potwierdza spełniania warunku udziału w postępowaniu na dzień składania ofert. Na skutek nowo zaistniałych okoliczności należy uznać, że oferta nr 4 podlega odrzuceniu ponieważ jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia określonymi w SWZ i Szczegółowym Opisie Przedmiotu Zamówienia w tym postępowaniu a dodatkowo podlega odrzuceniu z postępowania z uwagi na niespełnienie wszystkich warunków udziału w postępowaniu
Wniosek urlopowy A. G. w ocenie Izby nie ma znaczenia dla rozstrzygnięcia, gdyż nie jest przedmiotem oceny Izby oświadczenie odwołującego złożone w odpowiedzi na sporne wezwania zamawiającego z dnia 11 sierpnia 2023 r.

Izba zważyła, co następuje:

Izba nie dopuściła do udziału w postępowaniu wykonawcy Tronus Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, gdyż zgodnie z art. 525 ust. 1 dla skutecznego zgłoszenia przystąpienia konieczne jest spełnienie dwóch najistotniejszych elementów to jest wskazanie strony do której nastąpiło przystąpienia oraz interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia korzystnego dla tej strony. Z treści złożonego zgłoszenia nie można ustalić strony, którą popiera wykonawca ani też w czym upatruje się interesu w korzystnym rozstrzygnięciu dla tej strony. To są główne powody niedopuszczenie wykonawcy, natomiast dodatkowo należy zauważyć, że zgodnie z art. 525 ust. 2 kopię zgłoszenia należy przekazać stronom, a do zgłoszenia dołączyć dowody jej przesłania stronom. W przypadku tego zgłoszenia do zgłoszenia nie dołączono dowodów przesłania kopii zgłoszenia, nadto jak wynika z odpowiedzi na odwołanie, zgłaszający nie przekazał zgłoszenia zamawiającemu, bo ten nie ustalił, że Tronus Polska przystąpił do postępowania. Również ta okoliczność powoduje, że nie można stwierdzić skuteczności przystąpienia tego wykonawcy.
Izba dopuściła w charakterze uczestnika postępowania wykonawcę A. K. prowadzącą działalność Starpol Meble A. K. z siedzibą w Puławach.
Izba nie dopatrzyła się zaistnienia okoliczności, które skutkowałyby odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 ustawy.
Izba stwierdziła, że odwołujący ma interes w uzyskaniu zamówienia, jest wykonawcą, który złożył ofertę w postępowaniu, jego oferta jest ofertą najtańszą, a jedynym kryterium w tym postępowaniu jest cena, co oznacza, że odwołujący ma największe szanse na uzyskanie zamówienia, o ile jego oferta nie będzie podlegać odrzuceniu. Skierowanie do odwołującego wezwania w trybie self-cleaning osłabia szansę na uzyskanie zamówienia, gdyż wskazuje, że zamawiający uważa, że odwołujący przedstawił wprowadzające zamawiającego w błąd informacje, które powinny skutkować jego wykluczeniem, a w konsekwencji odrzuceniem oferty i jedynie umożliwia wykonawcy złożenie wyjaśnień mogących być ocenione zarówno na korzyść wykonawcy jak i na jego niekorzyść. Tym samym sytuacja i szansa odwołującego na uzyskanie zamówienia uległa w wyniku tej czynności uszczerbkowi, bo odwołujący nie ma już takiej pewności wyboru, jak w sytuacji gdyby wezwanie do niego skierowane nie zostało. Skoro zmniejszają się jego szanse na uzyskanie zamówienia, to także wzrasta prawdopodobieństwo poniesienia szkody w związku z tą czynnością zamawiającego polegającą na nieuzyskaniu zysków z realizacji zamówienia, o które się odwołujący ubiega. Z tego względu Izba oceniła, że odwołujący wykazał przesłankę materialnoprawną dopuszczalności odwołania, o której mowa w art. 505 ust. 1 ustawy.
Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy oraz art. 111 pkt 5 ustawy w zw. z art. 110 ust. 2 i 3 ustawy - przez stwierdzenie, że w związku z sytuacją zaistniałą w prowadzonym w przeszłości postępowaniu o udzielenie zamówienia (znak IR-260-01.2023) odwołujący podlega wykluczeniu z niniejszego postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy z powodu przedstawienia informacji wprowadzających w błąd oraz przez skierowanie do odwołującego wezwania do udowodnienia podjęcia działań naprawczych, mimo że odwołujący w niniejszym postępowaniu nie przestawił informacji wprowadzających w błąd, odwołujący nie został wykluczony z postępowania o znak IR-260-01.2023 na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy, nie znajduje się w okresie wykluczenia z art. 111 pkt 5 ustawy oraz że w postępowaniu znak IR-260-01.2023 przedstawił niewłaściwy dokument omyłkowo a nie w sposób

zamierzony
Istotą podniesionego zarzutu jest rozstrzygnięcie, czy fakt, że w poprzednim postępowaniu złożył dokument niezgodny (jak to określił ubezpieczyciel) ze stanem faktycznym powoduje, że nie miał prawa do oświadczenia w części III sekcji C JEDZa, że nie wprowadził w błąd zamawiającego co do niepodlegania wykluczeniu, spełniania warunków udziału w postępowaniu, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego lub który nie zataił takich informacji lub nie jest w stanie przedłożyć wymaganych środków dowodowych. W ocenie Izby na tak postawione pytanie co do zasady należy odpowiedzieć, że może wystąpić taka sytuacja, w której okoliczności mające miejsce poza postępowaniem o udzielenie zamówienia będą miały wpływ na ocenę czy oświadczone TAK wprowadza w błąd zamawiającego. Przykładowo jeśli wykonawca zatai przedwczesne rozwiązanie innego kontraktu z przyczyn leżących po jego stronie, zatai fakt wcześniejszego wykluczenia z powodu wprowadzenia w błąd, wówczas można stwierdzić, że oświadczone TAK mimo, że dotyczy okoliczności spoza postępowania może być oceniane jako informacja wprowadzająca w błąd. Jednak w tym postępowaniu ustalony stan faktyczny nie pozwala na uznanie, że oświadczenie TAK odwołującego wprowadzało w błąd zamawiającego. Przede wszystkim istotne jest to, że zamawiający w poprzednim postępowaniu wykluczył wykonawcę z powodu niewykazania spełniania przez niego warunku udziału w postępowaniu, a nie z powodu złożenia informacji wprowadzającej w błąd. To, że zamawiający nie przewidział przesłanki fakultatywnej wykluczenia wykonawcy z postępowania opartej na podstawie z art. 109 ust. 1 pkt 8 lub 10 ustawy było swobodną decyzją zamawiającego, to on zadecydował, że nie będzie prowadził badania ofert wykonawców pod kątem prawdziwości informacji przekazywanych przez wykonawcę. Podjął zatem zamawiający to ryzyko, że wykonawcy, który przedstawią informacje wprowadzające w błąd nie zostaną dotknięci sankcją wykluczenia w tym postępowaniu, ale także zakazem ubiegania się o udzielenie zamówienia w kolejnych odpowiednio dwóch lub jednym roku od zdarzenia wprowadzającego w błąd. Co oczywiście nie oznacza, że wykonawca w takim przypadku nie może być w inny sposób wyeliminowany z postępowania – wskazuje na to choćby przykład poprzedniego postępowania, gdzie i tak odwołujący nie uzyskał zamówienia, choć z innej podstawy prawnej. Co więcej nawet w przypadku, gdy zamawiający nie przewidzi fakultatywnej przesłanki wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt. 8 lub 10 ustawy, to nie oznacza, że nie może rozważyć czy dysponuje dostatecznym materiałem dowodowym pozwalającym na uznanie, że złożenie oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. Przecież przepis art. 14 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tj. z dnia 13 maja 2022 r. (Dz.U. z 2022 r. poz. 1233 ze zm.) określa, że czynem nieuczciwej konkurencji jest rozpowszechnianie nieprawdziwych lub wprowadzających w błąd wiadomości o swoim lub innym przedsiębiorcy albo przedsiębiorstwie, w celu przysporzenia korzyści lub wyrządzenia szkody.
Zgodnie z ust. 2 tego przepisu wiadomościami, o których mowa w ust. 1, są nieprawdziwe lub wprowadzające w błąd informacje, w szczególności o:
4) sytuacji gospodarczej lub prawnej.
Z kolei z art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy wynika, że oferta złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji podlega odrzuceniu, co może rzutować na ocenę jego uczciwości w kontekście oceny poważnego naruszenia zawodowego w przyszłych postępowaniach. Tym samym zamawiający nie jest bezbronny przed podaniem mu wprowadzających w błąd informacji, nawet w sytuacji nie wprowadzenia do SWZ przesłanek wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 8 lub 10 ustawy. Jednak w poprzednim postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego zamawiający ustalił jedynie, że wykonawca nie wykazał spełnienia warunków udziału i nie podjął zamawiający pogłębionego badania nad okolicznościami, które doprowadziły do zaistniałej sytuacji.
Sam fakt złożenia dokumentu, którego dane są niezgodne ze stanem faktycznym bez ustalenia istnienia po stronie wykonawcy świadomości przedstawienia takich nierzeczywistych danych nie pozwala ani na wykluczenie wykonawcy z powodu przesłanek fakultatywnych, dla których co najmniej konieczne jest ustalenie niedbalstwa po stronie wykonawcy przy art. 109 ust. 1 pkt 10 i winy umyślnej lub rażącego niedbalstwa w przypadku art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy, a przy badaniu czynu nieuczciwej konkurencji istnienia zamiaru przysporzenia sobie korzyści lub wyrządzenia szkody. Takie okoliczności tak w poprzednim postępowaniu jak i obecnie przez zamawiającego nie są podnoszone. Tym samym zamawiający nie dysponował wiedzą o faktach, dla których przedstawiona mu pierwotnie polisa mimo noszenia cech jej podpisania przez ubezpieczyciela i ubezpieczającego i mimo opłacenia składki w dniu 8 czerwca 2023 r. nie została odnaleziona przez panią B. Nie zostało też wyjaśnione, dlaczego odwołujący w dniu 13 czerwca 2023 r. oświadczył, że „Obowiązującą jest polisa nr 922000492224”, a więc o zupełnie innym numerze, niż polisa złożona i tak którą odnalazł ubezpieczyciel. Próbę wyjaśnienia tych okoliczności podjął natomiast odwołujący na rozprawie w tej sprawie, choć w ocenie Izby ta próba nie jest związana z postawionymi zarzutami i nie może wpłynąć na ocenę prawną prawidłowości wezwania do samooczyszczenia. Te wszystkie okoliczności powodują, że w ogóle nie można ustalić, czy informacje podane zamawiającemu w poprzednim postępowaniu były danymi wprowadzającymi w błąd w rozumieniu art. 109 ust. 1 pkt 8 lub 10 lub 14 ust. 1 uznk. Już choćby z tego względu zamawiający nie miał podstaw do ustalenia, że w tym postępowaniu wykonawca zataił informacje, które mogły mieć istotny wpływ na decyzje zamawiającego i to zataił w

sposób świadomy jak podał to zamawiający. Tym samym w ocenie Izby złożenie oświadczenia TAK w dokumencie JEDZ przez odwołującego nie uprawniało zamawiającego do oceny, że jest to informacja nieprawdziwa.

Ponadto Izba podziela stanowisko odwołującego, że przepis art. 111 pkt 5 może być podstawą wykluczenia z postępowania jedynie w przypadku, gdy wykonawca w innym postępowaniu został wykluczony na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy, a mimo to składa ofertę w kolejnych postępowaniach. Świadczy o tym stanowcza redakcja art. 111 pkt. 5 „od zaistnienia zdarzenia będącego podstawą wykluczenia". Co więcej wykluczenie na podstawie art. 111 pkt 5 ustawy jest wykluczeniem bezwzględnym i nie ma do nie zastosowania art. 110 ust. 2 ustawy, a więc instytucja self-cleaningu, stąd stanowisko zamawiającego w tym zakresie należy uznać za wadliwe. Mając powyższe na uwadze Izba oceniła, że nie zaistniały przesłanki opisane w art. 110 ust. 2 ustawy upoważniające zamawiającego do wezwania wykonawcy do złożenia samooczyszczenia. Z tego względu Izba nakazuje zamawiającemu unieważnić czynność wezwania odwołującego z dnia 11 sierpnia 2023 r.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 239 ust. 1 ustawy - przez zaniechanie wyboru oferty odwołującego jako oferty najkorzystniejszej w postępowaniu

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Jak wynika ze złożonej przez zamawiającego dokumentacji zamówienia zamawiający nie zakończył jeszcze czynności badania ofert, zamawiający dokonał oceny skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, poprawy omyłek, uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych, jednak wobec żadnego z wykonawców nie wystosował jeszcze wezwania do złożenia podmiotowych środków dowodowych, nie podjął rozstrzygnięcia w przedmiocie self-cleaningu, tym samym czynność badania ofert nie została zakończona, a nie została nawet rozpoczęta czynność oceny ofert, tym samym zarzut zaniechania wyboru oferty najkorzystniejszej jest zarzutem przedwczesnym i z tego względu nie zasługuje na uwzględnienie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 i 575 ustawy, tj. stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem postanowień Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437) na podstawie par. 7 ust. 1 zd. 2 cyt. rozporządzenia obciążając zasądzając od zamawiającego na rzecz odwołującego zwrot kosztów uiszczonego wpisu i poniesionych wydatków pełnomocnika na podstawie złożonej faktury z ograniczeniem do kwoty maksymalnej dopuszczonej przez rozporządzenie z uwzględnieniem ich stosunkowego rozdzielenia, bowiem Izba uznała za zasadny jeden z dwóch postawionych zarzutów odwołania, zatem odwołującemu należy się zwrot połowy uiszczonego wpisu i połowy wynagrodzenia pełnomocnika liczonej z maksymalnej kwoty wynikającej z rozporządzenia tj. 3 600zł.

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący: ……